



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 15374.724348/2009-61
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3402-000.665 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 24 de abril de 2014
Assunto COFINS
Recorrente PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros deste Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho – Presidente Substituto

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator

Participaram do julgamento os Conselheiros presentes GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO (Presidente Substituto), FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'ÊÇA, LUIZ CARLOS SHIMOYAMA (SUPLENTE), SILVIA DE BRITO OLIVEIRA, JOÃO CARLOS CASSULI JUNIOR, MONICA ELISA DE LIMA (SUPLENTE), a fim de ser realizada a presente Sessão Ordinária. Ausente, justificadamente, a conselheira NAYRA BASTOS MANATTA.

Relatório

Versam os autos de Declaração de Compensação (DCOMP), relativa a crédito de COFINS pago indevidamente ou a maior no período de 12/2001, no montante original de R\$28.968.556,72 (vinte e oito milhões, novecentos e sessenta e oito mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e setenta e dois centavos).

O Parecer Conclusivo nº. 102/2010, proferido pela DEMAC/RJO às fls. 173-182 (numeração eletrônica), indeferiu o pedido do contribuinte – não homologando conseqüentemente a compensação transmitida – fundamentando, em síntese, que tendo sido intimado a comprovar a origem da base de cálculo reduzida da COFINS (constante de sua DCTF retificadora), limitou-se o contribuinte a apresentar cópias de balancetes e planilhas de apuração da contribuição, indicando ainda algumas liminares do Poder Judiciário e demais planilhas extracontábeis de ajustes, sem, porém, atualizar a situação das ações judiciais que fundamentavam seu direito creditório.

O referido despacho esclareceu que na busca da verdade material, ao conferir a apuração correta da COFINS do contribuinte (para a verificação da real existência do suposto indébito), já excluiu das bases de cálculo da contribuição as receitas de exportações, as devoluções e os descontos incondicionais, mas que, no entanto, não exclui as receitas de vendas de “óleo diesel”, “gasolina” e “GLP”, pois a redação do art. 74 da Lei 9.430/96 estabelece que a compensação de crédito oriundo de decisão judicial somente pode ser efetuada após o trânsito em julgado da respectiva sentença, o que não teria ocorrido no caso das correspondentes ações/liminares, e ainda, *“além disso, caso a decisão judicial proferida considerasse a obrigação tributária em comento como hipótese de substituição tributária, o reconhecimento do suposto indébito somente poderia ser efetuado se a contribuinte comprovasse que assumiu o respectivo encargo financeiro ou que está expressamente autorizada a repetir o referido valor, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional. Ou seja, somente quando a contribuinte possui o provimento judicial definitivo e os demais requisitos exigidos pelo CTN, surge a possibilidade da repetição do indébito tributário. E no presente caso, a requerente, apesar de intimada limitou-se a descrever como tratou os eventos à época das liminares, sem se preocupar, contudo, em atualizar a situação das ações que fundamentavam o solicitado direito creditório.”*

Também apontou o despacho que o contribuinte interessado não considerou o valor negativo de R\$7.224.558,66 indicado na conta “354202 – CORR. MONET. SUBS. E CONTR.”, e que apesar de não interferirem na apuração de IRPJ e CSLL, as variações monetárias ativas *ou receitas financeiras*, importam à COFINS. Tal preceito aplica-se também à exclusão indevida das receitas da conta “3540009 RECEITAS FINANC. TIME DESPOSITS”, no valor de R\$532.138,00.

Ao final do despacho, a Autoridade recompôs a base de cálculo da contribuição entendida, por sua vez, como correta, *considerando as alterações efetuadas*, e concluiu: *“Considerando a análise realizada com base nos ajustes extracontábeis efetuados pela empresa, constata-se a inexistência de pagamento indevido. Com efeito, de acordo com a apuração realizada de ofício a contribuinte deveria ter recolhido a título de Cofins relativa ao mês de dezembro de 2001 o montante de R\$485.606.063,744 e, no entanto, pagou somente*

R\$456.950.728,89. Mesmo considerando os valores que teriam sido compensados sem processo [informados como: "Nota de crédito (ref. Cofins cobrada a maior)"] - R\$5.167.483,67; R\$10.277.777,94; R\$420.795,87; R\$ 2.373.754,43; e R\$ 13.656,77 - a posição da empresa em relação à Fazenda ainda é devedora.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada do referido Parecer Conclusivo e do Despacho Decisório de fls. 283, o sujeito passivo apresentou a competente Manifestação de Inconformidade em 09/06/2011, cujos fundamentos, por bem resumidos pela DRJ/RJI, merecem ser reproduzidos:

- a) *A resposta à intimação fiscal e a documentação apresentada respaldam o direito creditório e merecem nova análise, o que se requer;*
- b) *A variação cambial positiva não pode ser enquadrada dentro do conceito de receita até que haja a liquidação do contrato que a lastreia, tendo em vista que não representa acréscimo patrimonial. Respalda seu procedimento no art. 3º, § 1º e § 2º, inc. II, da Lei 9.430/96;*
- c) *A doutrina é uníssona no que tange à impossibilidade de se tributar a variação cambial;*
- d) *Diversos acórdãos do Segundo Conselho de Contribuintes corroboram o entendimento adotado pela contribuinte;*
- e) *O STJ apresenta diversos julgados que reforçam o mesmo entendimento;*
- f) *O STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei 9.718/98. Foi reconhecida a repercussão geral da questão e o referido dispositivo foi revogado pela Lei 11.941/2009;*
- g) *A própria 5ª Turma da DRJ/RJO II, no acórdão 1333.328, sessão realizada em 03/02/2011 reconheceu tal fato;*
- h) *Os cálculos realizados pela Petrobrás justificam o crédito declarado, conforme demonstrados nas Tabelas 1 a 4;*
- i) *Requer seja julgada procedente a manifestação de inconformidade, para que seja homologada a compensação declarada.*

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise e atenção aos pontos suscitados pelo contribuinte em sua defesa, a 17ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro (DRJ/RJ1), proferiu o Acórdão de nº. 12-46.476, ementado nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS Período de apuração: 01/12/2001 a 31/12/2001 COMPENSAÇÃO. CRÉDITO SUB JUDICE.

É vedado, para fins de compensação, aproveitar crédito, objeto de disputa judicial, antes de transitar em julgado a decisão favorável ao sujeito passivo.

BASE DE CÁLCULO. ALTERAÇÃO. LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo plenário do STF, em sede de controle difuso, e tendo sido, posteriormente, reconhecida por aquele Tribunal a repercussão geral da matéria em questão e reafirmada a jurisprudência adotada, deliberando-se, inclusive, pela edição de súmula vinculante, deixa-se de aplicar o referido dispositivo, conforme autorizado pelos Decretos nºs 2.346/97 e 70.235/72.

IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO SEM PROVAS.

A manifestação de inconformidade apresentada contra decisão que reconheceu em parte o direito creditório pleiteado deverá conter os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e deverá vir acompanhada dos dados e documentos comprovadores dos fatos alegados.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte Direito Creditório Não Reconhecido”

A decisão de Primeira instância segregou seu entendimento por assuntos, relativamente aos motivos de indeferimento do crédito: (i) no que tange aos valores de crédito relativos às receitas de venda de óleo diesel e gasolina às empresas detentoras de liminar judicial, a DRJ foi categórica e sucinta em utilizar a regra do artigo 170-A do CTN, reputando imprescindível o trânsito em julgado da ação para a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito pretendido; (ii) quanto às receitas financeiras não incluídas pelo contribuinte na base da contribuição, a DRJ deu parcial procedência ao pleito, entendendo que “ao recompor a base de cálculo da COFINS mediante inclusão de receitas não declaradas anteriormente pelo contribuinte, a autoridade fiscal nada mais fez do que constituir o crédito tributário não declarado/confessado”, incluindo de ofício receitas já declaradamente consideradas inconstitucionais pelo STF, as quais deveriam ser excluídas da base de cálculo demonstrada no Parecer Conclusivo; e (iii) no que se refere aos outros ajustes efetuados pela Autoridade Preparadora na apuração da base de cálculo da COFINS devida pelo contribuinte, a referida Autoridade, ao verificar que a contribuinte excluiu das receitas de venda de gasolina a receita relativa à venda de gasolina para aviação (combustível para aviões) e excluiu Propeno das receitas de venda de GLP, com fundamento de que estas receitas não estariam sujeitas a tributação monofásica da contribuição (alíquota de 12,45%), mas sim submetidas a alíquota da COFINS em geral (3%) – o que gerou indébito relativamente ao pagamento a da mesma, a DRJ entendeu que o contribuinte não logrou êxito em comprovar que tais receitas poderiam/deveriam ser excluídas das demais receitas, mantendo o procedimento adotado no Parecer Conclusivo.

Ciente em 05/04/2013 do Acórdão de 1ª Instância, e não se conformando com a referida decisão, o contribuinte apresentou em 18/04/2013, conforme Termo de Solicitação de Juntada de fls. 270 (numeração eletrônica) Recurso Voluntário a este Conselho, alegando, resumidamente, os seguintes fundamentos:

- Que quanto às vendas para distribuidoras liminaristas, as Petrobrás atuou sob regime de substituição tributária, sendo, portanto, a responsável pelo recolhimento da contribuição;

- Que as referidas decisões liminares, considerando este contexto, obrigavam a Companhia a não realizar os recolhimentos da COFINS e que a Fazenda Nacional possuía pleno conhecimento do conteúdo das referidas decisões, não podendo a empresa ser prejudicada por respeitar as decisões do Poder Judiciário;

- Quanto à exclusão da receita de venda de gasolina para aviação das receitas de venda de combustíveis em geral, a Recorrente informa que equivocou-se, incluindo indevidamente a gasolina para aviação – tributada à alíquota de 3%, na receita de combustíveis em geral – com tributação diferenciada/monofásica e alíquota de 12,45% -, gerando assim um pagamento a maior, cuja prova de seu montante pode ser extraído das notas fiscais de venda do referido produto anexadas ao recurso;

- A mesma coisa ocorreu para a inclusão indevida da receita de vendas de Propeno Grau Polímero nas receitas de vendas de GLP, ocorrendo um pagamento a maior;

- Por fim, quanto às receitas financeiras, em face da decisão plenária do STF – que declarou inconstitucional o §1º do art. 3º da Lei 9.718/98, devem as mesmas serem desconsideradas das bases tributáveis da COFINS;

- Requereu ao fim o provimento do recurso para a reforma do Acórdão da DRJ e a homologação da compensação declarada;

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a este relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, em 01 (um) Volume, numerado até a folha 702 (setecentos e dois), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso é tempestivo e atende os pressupostos de tempestividade e admissibilidade, devendo-se dele, portanto, tomar conhecimento.

Do que se pode ler do relato acima, em resumo o processo se deslinda a partir do fato em que a autoridade preparadora, na análise do direito creditório necessário à homologação da compensação objeto destes autos, teve de reapurar a base de cálculo da COFINS do contribuinte, a fim de evidenciar ou não o indébito alegado, resultando, por fim, em inclusão de receitas não declaradas pelo mesmo em sua base tributável, e, conseqüentemente, ao invés de indébito a repetir, apurou-se débitos a pagar, ocorrendo a glosa do crédito pretendido.

A questão trazida no despacho decisório que fundamentou o indeferimento do crédito e a não homologação da compensação pautou-se em três principais discussões de direito, quais sejam: (i) no não reconhecimento do crédito com origem em decisões liminares; (ii) na inclusão de ofício de receitas financeiras – variações monetárias ativas – na receita tributável do contribuinte; e, por fim (iii) no não reconhecimento do indébito relativo ao pagamento dito como indevido de COFINS na alíquota de 12,45% (tributação monofásica) de valores correspondentes às receitas de vendas de gasolina para aviões (combustível de aviação) e de Propeno nas receitas de GLP, pois que aduziu o contribuinte que sua tributação deveria ter sido realizada à alíquota geral da contribuição, ou seja, 3%.

O mérito das questões acima resumidas foi devidamente enfrentado pela Delegacia de Julgamento em Primeira Instância, tendo, entretanto, sido afastado o direito relativo ao “item 3” acima elencado, pela falta de provas dos valores que correspondiam à estas receitas ditas como “pagas indevidamente” pelo contribuinte (relativas à diferença de alíquota de 12,45% para 3% no recolhimento), o que, diante da juntada de documentos ao recurso voluntário, me traz o entendimento de que antes de mais nada, merecem então análise as referidas provas, prejudicando o julgamento que aqui se poderia realizar.

Consigno que o “item 2”, relativo à inclusão de ofício de receitas na base de cálculo tributável do contribuinte, gerando um lançamento indireto de COFINS (deduzida do crédito tributário pretendido pela empresa) é questão superada, pois que foi devidamente “afastada/exonerada” pela DRJ/RJI, ao cumprimento do entendimento dos Tribunais Superiores do país, considerando-se inconstitucional o §1º, do artigo 3º da Lei 9.718/98.

Resta assim, a análise pura e simples do crédito utilizado na compensação, seja daquele oriundo de decisões judiciais liminares, seja daquele decorrente do recolhimento à alíquota indevida de COFINS, ao qual a DRJ considerou inexistente por falta de provas.

No que concerne a esta questão (das receitas que o sujeito passivo alega ter indevidamente tributado à alíquota monofásica – junto com as demais receitas de venda de combustíveis) a DRJ, conforme já mencionado, entendeu que se o contribuinte quisesse mesmo lograr êxito no reconhecimento de tal direito, deveria o mesmo ter sido capaz de apresentar documentos relativos ao montante destas receitas, afim de que se pudesse quantificar o valor correspondente, bem como sua proporcionalidade no recolhimento efetivamente efetuado da

contribuição – o então que foi atenciosamente observado pelo contribuinte interessado, que em seu recurso voluntário trouxe todas as notas fiscais de vendas dos referidos produtos (documentos de fls. 323 a 697 – numeração eletrônica) relativas ao mês de Dez/2001.

Assim, considerando as afirmações do sujeito passivo, juntamente com a juntada das notas fiscais que demonstram, ao menos, um início de prova relativo aos montantes de receitas de vendas de gasolina para aviões e de Propeno, as quais podem ser então verificadas se inseridas ou não indevidamente na receita de vendas de combustíveis em geral – e tributadas com alíquota superior ao que lhe determina a legislação – torna-se necessária a conversão deste julgamento em diligência, para que sejam então verificados os ditos valores, e, desta verificação, a cargo da Administração (inclusive sob o pálio do contraditório), haja manifestação expressa sobre tais fatos e documentos.

Para casos como o ora analisado, o próprio regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235/72) prevê, no art. 29, o seguinte:

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Assim sendo, entendo que o processo não se encontra suficientemente instruído e as provas existentes não foram ainda totalmente exauridas e analisadas sob o pálio do contraditório, não se encontrando, conseqüentemente, em condições de receber um julgamento justo, razão pela qual **voto por converter o julgamento em diligência**, para que a Autoridade Preparadora adote as seguintes providências:

- a) Verifique, a partir dos documentos trazidos aos autos pela Recorrente no Recurso Voluntário - e de seu cotejo com outros documentos a serem solicitados ou verificados na sede do contribuinte, se na receita de venda de combustíveis encontra-se inserida receita de venda de combustíveis para avião, bem como, se na receita de venda de GLP, encontra-se incluída receita de venda de Propeno;
- b) Em caso afirmativo, segregar as receitas de venda de combustíveis daquelas de venda de combustíveis para aviação, bem como, as receitas de venda de GLP, daquelas relativas à venda de Propeno. No mesmo sentido, apurar a COFINS devida sobre cada uma das respectivas receitas de acordo com a alíquota efetivamente aplicável, indicando se existem pagamentos a maior relativos a COFINS especificamente com relação a estas receitas;
- c) Em sendo positivo o quesito da alínea *b* acima, recompor a apuração do período em questão, indicando se houve recolhimento indevido ou a maior por parte do sujeito passivo, bem como o respectivo montante;
- d) Confeccionar “Relatório Conclusivo” da diligência, relativamente a análise dos documentos acostados aos autos após o Recurso Voluntário, considerando as verificações acima determinadas;
- e) Após, seja intimando o contribuinte para que se manifeste sobre o “Relatório Conclusivo”, querendo, em prazo não inferior a 30 (trinta) dias, após o que,

Processo nº 15374.724348/2009-61
Resolução nº **3402-000.665**

S3-C4T2
Fl. 9

com ou sem manifestação, sejam os autos remetidos a este Conselho para reinclusão em pauta para prosseguimento no julgamento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior – Relator